



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000475466

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 9134879-83.2003.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, AUTO POSTO PRISCILA LTDA, JUIZO EX-OFFICIO e ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados AUTO POSTO PRISCILA LTDA, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Mantiveram o v. acórdão de fls. 466/477, com determinação de retorno dos autos à Egrégia Presidência desta Seção de Direito Público. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA E ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 10 de junho de 2019.

REINALDO MILUZZI
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
APEL.Nº: 9134879-83.2003.8.26.0000
RECTE. : JUÍZO DE OFÍCIO
APTES. : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO E AUTO POSTO
PRISCILA LTDA.
APDOS. : OS MESMOS
COMARCA: GUARULHOS — 3ª VARA CÍVEL
JUÍZA : ÉRICA RICCI

VOTO Nº : 28629

EMENTA – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – ICMS – Mandado de segurança – Substituição tributária – Pretensão ao crédito decorrente dos valores pagos a maior, pela diferença entre preço real e estimado – Sentença de concessão parcial da ordem – Acórdão que deu provimento aos recursos oficial e voluntário da Fazenda do Estado e desproveu o da impetrante – Embargos opostos por ela rejeitados - Interposição de recursos extraordinário e especial – Remessa dos autos nos termos do art. 1.040, inciso II, do CPC, para eventual adequação ou manutenção do acórdão, tendo em vista o julgamento do RE nº 593.849/MG, com determinação de retorno para exame de admissibilidade do recurso interposto – Hipótese que se amolda ao paradigma, visto que a legislação do Estado de São Paulo não afasta a restituição em favor do contribuinte, desde que comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada a obrigação tributária de valor inferior à presumida (LE 6.374/89 – art. 66-B) – Manutenção do acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Auto Posto Priscila Ltda. contra ato do Delegado Regional Tributário de Guarulhos, objetivando o reconhecimento de seu direito de restituição imediata e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

preferencial dos valores recolhidos a maior, por meio da sistemática de substituição tributária, afeta ao ICMS antecipado nas revendas de combustíveis, nos termos do art. 150, § 7º, da Constituição Federal.

A r. sentença de fls. 234/242 concedeu parcialmente a segurança para o fim de autorizar a impetrante a promover, por sua conta e risco, a transferência dos créditos apurados nas operações realizadas com as distribuidoras de combustíveis, em suas escritas fiscais, sem as imposições do Decreto 41.653/97, determinando o pagamento de custas pela impetrante e sem condenação em honorários advocatícios (Súmula 105 do STJ).

Ambas as partes recorreram, A FESP a fls. 250/272 e a impetrante a fls.295/311, somente a impetrante apresentou contrarrazões (fls.405/423) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso voluntário, solução extensiva ao recurso oficial, revogando-se a ordem concedida (fls.443/446).

A Turma Julgadora, formada por esta relatoria e pelos eminentes Desembargadores Antonio Carlos Villen e Urbano Ruiz, deu provimento aos recursos oficial e voluntário da Fazenda e negou provimento ao apelo da impetrante, por unanimidade (fls.466/477).

A impetrante opôs embargos de declaração (fls.484/498), que também foram rejeitados por unanimidade (fls.502/506).

A impetrante então interpôs recursos extraordinário (fls.508/534) e especial (fls.616/638), tendo a FESP apresentado contrarrazões ao recurso especial (fls.725/762) e ao recurso extraordinário (fls.764/800). A Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou para deixar de apreciar o mérito dos recursos extraordinário (fls.802/806) e do especial (fls.807/811).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O recurso especial foi admitido (fls.813/814), mas o recurso extraordinário foi inadmitido (fls.815/816), pela Presidência desta Seção.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao recurso especial, com fulcro no “caput” do artigo 557 do CPC/73 (fls.833/839). A impetrante interpôs agravo regimental desta decisão (fls.845/862), que foi negado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls.864/877). A impetrante então opôs embargos de declaração (fls.882/889), que também foram rejeitados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls.891/899).

A impetrante interpôs agravo de despacho denegatório do recurso extraordinário apensado ao primeiro volume dos autos principais, no qual foi dado provimento ao agravo para admitir o recurso extraordinário (fl.835 do 4º volume apensado aos autos principais).

Foi determinado pela Presidência desta Seção de Direito Público que se aguardasse o julgamento definitivo da questão constitucional referente ao ICMS – Substituição – 150, § 7º - a maior – Tema 201 do Supremo Tribunal Federal (fl.837 do 4º volume dos autos apensos ao primeiro volume).

E, diante do julgamento do RE nº 593.849/MG, a Egrégia Presidência desta Seção de Direito Público devolveu os autos a esta Turma Julgadora para retratação ou manutenção do julgado, nos termos do art. 1.040, II, do Código de Processo Civil (fls.840 do 4º volume dos autos apensos ao primeiro volume).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

FUNDAMENTOS

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 593.849/MG, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, na data de 19.10.2016, com repercussão geral reconhecida, fixou a tese de que: *“É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”*, alterando parcialmente o precedente firmado na ADI nº 1.851/AL.

“O Tribunal, apreciando o tema 201 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário a que se deu provimento, para reformar o acórdão recorrido e afirmar o direito da parte recorrente em lançar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS pagos a maior, nos termos da legislação tributária do Estado de Minas Gerais e respeitado o lapso prescricional de 5 (cinco) anos previsto na Lei Complementar nº 118/05; na qualidade de prejudicial, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei nº 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais; fixou interpretação conforme à Constituição nas expressões “não se efetive o fato gerador presumido” no § 11 do art. 22 da Lei estadual e “fato gerador presumido que não se realizou” no artigo 22 do Regulamento do ICMS, para que essas sejam entendidas em consonância à tese objetiva deste tema de repercussão geral; e condenou a parte recorrida ao pagamento das despesas processuais, à luz da legislação processual regente ao tempo da interposição do recurso extraordinário, ficando a parte vencida desonerada do pagamento de honorários advocatícios, conforme o enunciado da Súmula 512 do STF e o art. 25 da Lei 12.016/2009, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao recurso extraordinário.

Por unanimidade, o Tribunal fixou tese nos seguintes termos: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. (grifado)

Em seguida, o Tribunal modulou os efeitos do julgamento a fim de que o precedente que aqui se elabora deve orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados membros e do sistema judicial como um todo decidido por essa Corte.

Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.10.2016.

Desta forma, ficou pacificado o entendimento no sentido de que é cabível o ressarcimento do imposto pago em regime de substituição tributária, na hipótese de a venda efetiva se dar em valor inferior à base de cálculo presumida do imposto.

Ocorre, todavia, que o caso em apreço se amolda ao precedente indicado, pois não afasta a possibilidade de restituição de eventual diferença a favor da empresa impetrante. Apenas rejeitou a pretensão de desconsiderar as exigências previstas na legislação estadual, que também prevê este direito.

Cabe destacar que a legislação do Estado de São Paulo há muito tempo admite a restituição do tributo pago antecipadamente, desde que se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada a obrigação tributária de valor inferior à presumida. É o que dispõe o art. 66-B da Lei Estadual 6.374/89:

“Artigo 66-B - Fica assegurada a restituição do imposto pago

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

antecipadamente em razão da substituição tributária: (NR)

I - caso não se efetive o fato gerador presumido na sujeição passiva; (NR)

II - caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior a presumida. (NR)

§ 1º - O pedido de restituição, sem prejuízo de outras provas exigidas pelo fisco, será instruído com cópia da documentação Fiscal da operação ou prestação realizada, que comprove o direito a restituição. (NR)

§ 2º - O Poder Executivo disporá sobre os pedidos de restituição que serão processados prioritariamente, quer quanto a sua instrução, quer quanto à sua apreciação, podendo, também, prever outras formas para devolução do valor, desde que adotadas para opção de contribuinte.”

Assim, cabe ao Poder Executivo dispor sobre os pedidos de restituição do imposto pago a maior, inexistindo qualquer ilegalidade/inconstitucionalidade na exigência prevista nos artigos 66-B e seguintes da Lei Estadual nº 6.374/1989, no Regulamento do ICMS e em Portarias do CAT e Decretos reguladores.

A exigência de procedimentos formais prévios à eventual restituição se justifica em razão da necessidade de preservação do interesse público ao particular, evitando-se, assim, fraudes e evasão de recursos do Estado, sem que isso constitua violação ao preceito constitucional do art. 150, §7º, da CF, que estabelece que a restituição deve ser imediata e preferencial.

Como visto, o Colendo Supremo Tribunal Federal pautou-se no RE 593.849/MG na legislação do Estado de Minas Gerais, que não admitia referida restituição.

Vale dizer, a legislação paulista observa a orientação sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, com a ressalva de que o contribuinte deve obedecer aos procedimentos nela previstos, o que não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ocorre, conforme já aludido, com a legislação mineira.

Por conseguinte, não é hipótese de readequação do julgado, que se mostra compatível com o paradigma mencionado.

Ante o exposto, pelo meu voto, **mantenho o v. acórdão de fls. 466/477, com determinação de retorno dos autos à Egrégia Presidência desta Seção de Direito Público.**

REINALDO MILUZZI
Relator